

Acórdão: 3.086/05/CE
Recurso de Revisão: 40.060116162-58
Recorrente: Shell Brasil Ltda.
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Daniela Couto Martins/Outros
PTA/AI: 02.000205413-64
Inscrição Estadual: 067.012844.0804
Origem: DF/Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado o recebimento, pela Autuada, de gasolina “A” em operações de transferências promovidas por outro estabelecimento da mesma titularidade, situado no Estado do Rio de Janeiro, sem o recolhimento do ICMS/ST no Posto de Fiscalização de fronteira. Infração caracterizada nos termos do artigo 362, Anexo IX, do RICMS/02. Inaplicável ao caso o disposto no inciso IV, do § 2º, do artigo 360, do Anexo IX, do RICMS/02, visto que tal norma tem por destino a pessoa colocada originalmente na condição de responsável por substituição, não alcançando o responsável por solidariedade ou aquele cuja responsabilidade decorre de omissão. Recurso de Revisão não provido. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST, no mês de abril de 2003, relativo à entrada em transferência de gasolina “A” proveniente de Duque de Caxias/RJ para a base de Betim/MG, conforme preceitua o artigo 362, do Anexo IX, do RICMS/02.

A decisão consubstanciada no Acórdão 17.204/05/1ª, pelo voto de qualidade, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS e MR.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão (fls. 112/122), por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 127/131, opina em preliminar pelo conhecimento do Recurso de Revisão e no mérito pelo seu provimento.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Versa o presente feito sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, no mês de abril de 2003, relativo às entradas em transferência de gasolina “A” proveniente da base da Autuada em Duque de Caxias/RJ para a base de Betim/MG, conforme preceitua o artigo 362 do Anexo IX do RICMS/02.

Registre-se inicialmente que os argumentos expostos no Acórdão 17.204/05/1ª, ora recorrido, serão aqui transcritos pois são suficientes para sustentar a presente decisão, uma vez que mencionado Acórdão aborda tanto as questões de direito atinentes à matéria, como as questões de cunho fático, imprescindíveis para o deslinde da questão e não mencionadas pelos votos vencidos, que se basearam num único dispositivo legal, analisado de maneira isolada e apartada da situação fática em comento.

No presente caso, é fundamental observar que o não recolhimento do ICMS/ST na origem decorre do Termo de Acordo firmando no Estado do Rio de Janeiro, referente ao dispositivo legal emanado da SEF/RJ através da Resolução nº 6.488/02, que atribuiu às distribuidoras de combustíveis a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações anteriores e subseqüentes por elas realizadas relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com gasolina “A”, a partir da operação que estiverem realizando até a última.

Tal termo de acordo não foi convalidado pelo Estado de Minas Gerais, tampouco houve publicação de Convênio proveniente do CONFAZ capaz de legitimar os procedimentos descritos na Resolução SEF/RJ nº 6.488/02, quando à remessa de gasolina “A” para outros Estados.

Portanto, nas remessas do combustível para outros Estados, a empresa Remetente não poderia se lastrear neste dispositivo fluminense, mas sim proceder à devida informação à refinaria para que esta fizesse o repasse do ICMS/ST devido nas operações autuadas.

Note-se pois, que o Contribuinte construiu uma situação particular, no caso o Termo de Acordo firmando com a SEF/RJ, para se opor à legislação tributária e evitar o recolhimento do imposto no momento próprio, previsto na legislação. Esta atitude não tem respaldo legal, tampouco tem o condão de alterar a definição da pessoa responsável pelo recolhimento do ICMS/ST e o momento do fato gerador do imposto.

O Acórdão 17.204/05/1ª, cujos fundamentos serão aqui reproduzidos, analisa em detalhes as questões alhures citadas:

“ ...

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O primeiro ponto a se destacar é que a sistemática de tributação dos combustíveis está centrada no produtor nacional, a PETROBRAS, que se responsabiliza pela retenção do ICMS nas saídas de combustíveis, a qualquer título e para qualquer destinatário. Do mesmo modo, concentra o controle dos repasses aos estados destinatários dos produtos, na hipótese de subsequente operação interestadual, promovendo os repasses a cada Estado, de acordo com as informações prestadas pelos distribuidores.

Aos distribuidores, já na segunda operação, cabe a responsabilidade complementar, ou seja, entre o valor retido pela PETROBRAS e aquele devido em relação ao preço praticado na operação subsequente, em face do preço adotado para a retenção pelo produtor nacional.

Outro ponto primordial a se destacar, é que os Termos de Acordo celebrados entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e as distribuidoras, entre elas a Shell Brasil Ltda., se válidos, aplicam-se tão-somente em relação às operações internas realizadas naquele Estado, não se estendendo às operações mineiras. De forma que, independentemente do Termo de Acordo, em relação à operação interestadual que destinar a Gasolina para Minas Gerais, bem como às subseqüentes operações internas a serem aqui realizadas, continua a prevalecer a legislação mineira sobre a matéria, calcada nos respectivos Convênios ICMS.

A determinação legislativa, contida no Capítulo XLVII, Parte 1, Anexo IX do RICMS/2002, implica responsabilidade para a Refinaria, inclusive de outra unidade da Federação, quanto ao imposto relativo às operações internas a serem realizadas em Minas Gerais, conforme se verifica no inciso I c/c a exceção estabelecida na parte final da alínea b, inciso 11, ambos do art. 360, abaixo transcritos, e com o disposto na Seção IV, todos do Capítulo acima citado:

"Art. 360 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR):

I — ao produtor nacional de combustíveis, situado nesta ou em outra unidade da Federação, em relação a gasolina automotiva, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP) e álcool etílico anidro combustível (AEAC) adicionado à gasolina pelas distribuidoras, ainda que o álcool não tenha saído de seu estabelecimento, observado o disposto no inciso I do caput do artigo 379 desta Parte; (grifos nossos);

II- ao distribuidor:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a — situado neste Estado, em relação a álcool etílico hidratado combustível (AEHC), óleo combustível, gasolina de aviação, gás natural veicular, querosene de aviação (QA V) e iluminante;

b — situado em outra unidade da Federação, nas remessas de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, para estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas situados neste Estado, ressalvado o disposto na Seção IV deste Capítulo;" (destaque)

Assim, originalmente, a condição de substituta tributária é da Refinaria. Ao contribuinte que pratica a operação interestadual destinada a estabelecimento mineiro, cabe, primeiramente, informar à Refinaria sobre tal situação, conforme estabelecido na Seção IV, do Capítulo XLVII em questão.

Cabe-lhe, ainda, mas, em caráter complementar, responsabilizar-se pela diferença devida a Minas Gerais, caso a base de cálculo da substituição a favor deste Estado seja superior àquela que seria devida ao Rio de Janeiro:

"Art. 366 - O contribuinte que tenha recebido, diretamente do substituto tributário, combustível derivado de petróleo com imposto retido deverá:

Parágrafo único — Quando o valor do imposto devido a este Estado for diverso do valor do imposto cobrado na unidade federada de origem, serão adotados os seguintes procedimentos:

I — se superior, o remetente da mercadoria será responsável pelo recolhimento complementar a este Estado, sendo os valores informados na Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST) do período e recolhidos por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) distinta, no prazo previsto no artigo 85 deste Regulamento;" (destaque)

Note-se, então, que o substituto tributário primário, original, é a Refinaria, sendo ela responsável, na condição de responsável por substituição, pelo imposto devido a Minas Gerais.

Ora, se por força de um acordo específico do Rio de Janeiro com seus distribuidores, não aprovado pelo CONFAZ, liberou-se a Refinaria da responsabilidade em relação ao imposto que seria devido àquele Estado. O mesmo não se pode dizer da responsabilidade desta Refinaria em relação ao imposto devido a Minas Gerais. Por consequência, cabe a ela efetuar a substituição de todo valor devido ao Estado mineiro,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

utilizando, se for o caso, a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE.

Caso a Refinaria não efetue o recolhimento do imposto devido para Minas Gerais, poderá ser autuada, na qualidade de substituto tributário. Crédito que também poderá ser exigido do distribuidor, na qualidade de responsável solidário:

"Art. 389A - O contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo e com álcool etílico anidro combustível - AEAC, será responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino, inclusive seus acréscimos legais, se este não tiver sido objeto de retenção e recolhimento, por qualquer motivo, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse." (destaque)

Entretanto, esta obrigação, da Refinaria, está condicionada a que lhe seja informada, pelo contribuinte que promove a operação interestadual, à existência, do valor e demais dados referidos na Seção IV já mencionada. Esta condição, inclusive, pode ser suprida pelo próprio Estado.

Ao omitir tal informação, o contribuinte descumpre obrigação acessória, o que enseja a possibilidade de aplicação, a ele, da norma contida no art. 389, Seção VI do Capítulo sob análise:

"Art. 389 - O disposto nas Seções IV e V deste Capítulo não exclui a responsabilidade do distribuidor, do importador ou do Transportador Revendedor Retalhista (TRR) pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo, neste caso, ser diretamente deles exigido o imposto devido nas diversas etapas de circulação da mercadoria, a partir da operação por eles realizada até a última, com os respectivos acréscimos legais. " (destaque)

Conseqüentemente, do Distribuidor que deixar de prestar as informações exigidas na Seção IV já mencionado, poderá ser exigido o imposto e acréscimos legais devidos a Minas Gerais, mas isso não implica impossibilidade de se tomar a Refinaria como substituto tributário.

Também, poderá ser exigido tal crédito tributário do estabelecimento adquirente mineiro que receber o produto sem a devida retenção:

"Art. 362 - O adquirente dos produtos de que tratam os artigos anteriores deste Capítulo, ressalvadas as hipóteses neles previstas, sem retenção do imposto por substituição tributária, no todo ou em parte, ainda que desobrigado o remetente, fica responsável pela referida retenção.

§ 1º - Na hipótese prevista no caput deste artigo, tratando-se de operação interestadual, o imposto deverá ser recolhido no Posto de Fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro Município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

§ 2º - Quando a entrada da mercadoria no território mineiro ocorrer em dia ou horário em que não houver expediente bancário e o imposto não houver sido recolhido antecipadamente, não existindo Posto de Fiscalização de fronteira por onde transitar a mercadoria, o recolhimento será efetuado no 10 (primeiro) dia útil subsequente ao da sua entrada no estabelecimento do destinatário. "

Assim, caberá ao Fisco escolher junto a quem efetuar a cobrança: junto à Refinaria, após informá-la sobre a operação interestadual, não informada pela Distribuidora, exigindo que ela, Refinaria, efetue o repasse do imposto para Minas Gerais, sem acréscimos, caso o faça no prazo regulamentar. Junto ao estabelecimento distribuidor remetente, nos termos art. 389, ou, ainda, junto ao estabelecimento distribuidor destinatário, nos termos do art. 362 supracitado.

E, aqui, não se mostra aplicável a norma contida no inciso IV, § 2º do art. 360 anteriormente transcrito:

"§ 2º - A responsabilidade prevista no caput e no § 1º ambos deste artigo, não se aplica:

IV - às operações de transferência para estabelecimento da mesma empresa do substituto tributário, exceto varejista, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa;"

É que tal norma tem por destino a pessoa colocada originalmente na condição de responsável por substituição, não alcançando o responsável por solidariedade ou aquele cuja responsabilidade decorre de omissão.

Também vale lembrar que a operação interestadual sob apreço não se realiza entre possíveis responsáveis primários por substituição, em relação ao mesmo tipo de mercadoria. Não figurando como tal nem o estabelecimento distribuidor remetente, nem o estabelecimento destinatário. Motivo pelo qual não se aplica a norma contida no inciso II do § 2º em questão.

E a regra é sábia, exatamente porque ao determinar a inaplicabilidade da substituição tributária na transferência entre possíveis substitutos originais, em relação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ao mesmo tipo de mercadoria, permite que não se misture no estoque do estabelecimento destinatário mercadorias com e sem retenção.

Da mesma forma, evita tal mistura ao vedar a outros estabelecimentos, que não pudessem figurar como substitutos originais, receber o produto sem a retenção, ainda que se trate de transferência, ou seja, aquele que, no desenho normativo, normalmente deva efetuar a retenção quando da saída, também deverá receber o produto do mesmo tipo sem a retenção.

Já aquele que, normalmente, deva figurar na condição de substituído, deverá sempre receber o produto com retenção, ou efetuar o recolhimento por ocasião da entrada, observado o prazo regulamentar estabelecido.

Por tudo, corretas as exigências constantes do Auto de Infração”.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao mesmo. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Windson Luiz da Silva (Relator) e Francisco Maurício Barbosa Simões, que lhe davam provimento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora). Pela Recorrente sustentou oralmente o Dr. Marciano Seabra de Godoi e pela Fazenda Estadual o Dr. José Roberto de Castro. Participou do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 21/10/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora Designada